



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 441 DEL 9 maggio 2018

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da _____OMISSIS_____ – Procedura aperta per la conclusione di due distinti Accordi Quadro, ciascuno con unico operatore, di lavori da eseguirsi sugli immobili in uso all'Azienda Ospedaliera – _____OMISSIS_____ (Lotto AOSP – CIG _____OMISSIS_____) e _____OMISSIS_____: (Lotto AUSL – CIG _____OMISSIS_____) - Importo a base d'asta: euro 18.000.000,00 - S.A. _____OMISSIS_____

PREC 92/18/L

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 101848 del 23 agosto 2017 presentata da _____OMISSIS_____, concorrente nella gara in oggetto, escluso per non aver corrisposto la sanzione pecuniaria a fronte della regolarizzazione delle dichiarazioni. L'istante rappresenta che, nei propri confronti, la S.A. attivava il soccorso istruttorio a titolo oneroso a causa di irregolarità essenziali contenute nei modelli DGUE dei subappaltatori: in particolare erano ritenute irregolari le dichiarazioni di due subappaltatori relative al requisito previsto dall'art. 80, comma 5, lett. i) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, mentre un terzo subappaltatore non apponeva la data alla dichiarazione. L'istante chiede se le descritte irregolarità potevano essere sanate senza il pagamento della sanzione pecuniaria, in ragione della determinazione Anac n. 1 dell'8 gennaio 2015 e del correttivo d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56;

VISTO l'art. 6 del disciplinare di gara, che richiedeva di designare una terna di subappaltatori e di produrre le dichiarazioni degli stessi in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale; e il successivo art. 9/1, che identificava gli inadempimenti essenziali e regolarizzabili, previo pagamento della sanzione di euro 5.000,00, fra i quali l'incompletezza della dichiarazione, la mancata apposizione di contrassegno su almeno una delle alternative previste nel modulo, oppure l'apposizione contraddittoria di contrassegni;

VISTA la nota con la quale la S.A. qualificava come "incompletezza essenziale sanabile a titolo oneroso" la dichiarazione del primo subappaltatore di "non essere tenuto alla disciplina della legge 68/99", in quanto riteneva non compilata la voce relativa alle motivazioni, espressamente richiesta e correlata al possesso del requisito di cui all'art. 80, co. 5 lett. i) d.lgs. 18 aprile 2016, n.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

50; qualificava inoltre come “dichiarazione contraddittoria” la dichiarazione del secondo subappaltatore; qualificava come “incompletezza” l’omissione della data sulle dichiarazioni del terzo subappaltatore; chiedeva quindi il pagamento della sanzione pecuniaria di euro 5.000,00 a fronte della regolarizzazione delle suddette dichiarazioni, essendo il bando di gara stato pubblicato in data 11 maggio 2017, e quindi prima dell’entrata in vigore del correttivo d.lgs. 56/2017;

VISTE le dichiarazioni dei subappaltatori, laddove il primo subappaltatore, in corrispondenza del punto “4. È in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili di cui alla legge 12 marzo 1999, n.68 (art. 80, comma 5 , lett. i)” barrava l’opzione “Non è tenuto alla disciplina legge 68/1999” e alla richiesta di “indicare le motivazioni (numero dipendenti e/o altro)” indicava, la dicitura “numero dipendenti”; il secondo subappaltatore, in corrispondenza della medesima richiesta di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili barrava l’opzione “Sì” e poi specificava le motivazioni per cui non era tenuto a tale disciplina indicando “16 dipendenti di cui 9 operai”; il terzo subappaltatore non apponeva la data sulla dichiarazione;

VISTO l’art. 80, co. 5 lett. i) d.lgs. 50/2016, a tenore del quale «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: [...]

i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito»;

VISTO l'art. 17 della legge 68/1999, rubricato "Obbligo di certificazione", il quale dispone: "Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, nonché' apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della presente legge, pena l'esclusione";

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato Sez. VI, Sent. 3 luglio 2014, n. 3361), secondo la quale, «la dichiarazione in questione costituisce un fondamentale requisito di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, indipendentemente perciò anche dalla sua previsione nella lex specialis, considerato il tenore dell' l'art. 17 della legge 68 del 1999 (Sez. V, 29 gennaio 2013, n. 857); la conseguente esclusione dalla gara deve essere di certo disposta quando la dichiarazione manchi ma non anche se, essendo stata resa, appaia di tenore equivoco o contraddittorio inducendo soltanto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

marginari di dubbio sull'effettiva volontà del dichiarante, dovendosi ricorrere in tal caso all'applicazione dell'art. 46, comma 1, del codice (Sez. III, 9 maggio 2014, n. 2376), a meno che la contraddittorietà della dichiarazione sia tale da farla risultare come inesistente, con esclusione del potere di chiedere chiarimenti o integrazioni (Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2385; Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1792); e la giurisprudenza a tenore della quale «l'apposizione della data è surrogata da quella apposta in calce alla domanda di partecipazione» (C.G.A., sent. 11 maggio 2009, n.400) e «il riferimento temporale può essere individuato nella data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e l'invalidità è correlata unicamente alla mancanza dei requisiti indispensabili al raggiungimento dello scopo cui esso è diretto, tra i quali non può certo annoverarsi la data» (T.A.R. Piemonte Sez. II, 31 marzo 2011, n. 336);

VISTA la determinazione n. 1/2015 dall'Autorità che, con riferimento al previgente art. 38, comma 2-bis d.lgs. n. 163/2006, chiariva che sono da intendersi irregolarità essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, oltre all'omissione e all'incompletezza, quelle che non consentono alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto e il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale; la stessa specificava che «In sintesi le carenze essenziali riguardano l'impossibilità di stabilire se il singolo requisito contemplato dal comma 1 dell'art. 38 sia posseduto o meno e da quali soggetti (indicati dallo stesso articolo). Ciò che si verifica nei casi in cui: a) non sussiste dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del Codice; b) la dichiarazione sussiste ma non da parte di uno dei soggetti o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individua come titolare del requisito; c) la dichiarazione sussiste ma dalla medesima non si evince se il requisito sia posseduto o meno»;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, le dichiarazioni dei subappaltatori risultano rese, mediante la compilazione del modulo predisposto, nei termini seguenti:

- nel primo caso, il dichiarante rappresentava chiaramente di non essere tenuto alla disciplina della legge 68/1999 a motivo del numero dei dipendenti e mancava solo la specificazione del numero stesso, quindi essa, nella logica della "indispensabilità" ai fini partecipativi, non appare carente di elementi essenziali tali da non consentire l'individuazione del contenuto della dichiarazione stessa;
- nel secondo caso, a fronte della richiesta "È in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili di cui alla legge 12 marzo 1999, n.68", il dichiarante barrava l'opzione "Sì", salvo poi specificare la motivazione (numero di dipendenti) per cui non era specificamente tenuto al rispetto della predetta disciplina, il che non è necessariamente in contrasto con la dichiarazione di essere in regola con la normativa, e pertanto anche tale



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dichiarazione non appare carente di elementi essenziali tali da non consentire l'individuazione del contenuto della dichiarazione stessa;

- nel terzo caso, la mancata apposizione della data non costituisce omissione di un elemento essenziale della dichiarazione;

RITENUTO pertanto che le irregolarità sopra evidenziate non sono da ritenere essenziali e potevano essere sanate senza la richiesta del pagamento della sanzione pecuniaria;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- le irregolarità contestate non sono da ritenere essenziali, in quanto consentivano di individuare il contenuto della dichiarazione, e potevano quindi essere sanate senza la richiesta del pagamento della sanzione pecuniaria.

Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 maggio 2018

Il Segretario Maria Esposito